

'Als' bestaat niet...

12

Redactioneel

Ik werd enige tijd terug gevraagd om voor het onvolprezen juristenglossy 'Mr.' in een paar honderd woorden op te schrijven wat ik zou veranderen aan ons aansprakelijkheidsrecht 'als ik Minister van Veiligheid en Justitie was ...'. Mijn eerste gedachte was uiteraard: 'als' bestaat niet. Als Arjen Robben in 2010 de keeper van Spanje wel gespeeld zou hebben, waren we nu nog wereldkampioen voetbal...- maar ja, dat deed ie nu net niet... Mijn tweede gedachte was dat ik nooit Minister van Veiligheid en Justitie zou willen worden (omdat die twee, veiligheid en justitie, naar hun aard niet samen gaan, aangezien echte 'justitie' soms keuzes vergt die vanuit veiligheidsoogpunt onverstandig zijn). Mijn derde gedachte was echter dat dit soort gedachte-experimenten eigenlijk best leuk kunnen zijn, en dus klom ik alsnog in de pen.¹

Na enig stevig wikken en wegen (zeg ik iets over de noodzaak tot het afschaffen van de verzekeringsplicht van de werkgever voor eenzijdige fietsongevallen of, als alternatief daarvoor, het dan ook invoeren van een verzekeringsplicht voor eenzijdige voetgangersongevallen?; zal ik proberen het systeem van art. 6:107-108 op de helling zetten?²) besloot ik uiteindelijk dat als ik dan toch even in het diepst van mijn gedachten Minister van Justitie zou kunnen en mogen zijn, dat ik dan het startsein zou geven voor een fundamentele herbezinning op het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, ook in Europees verband met een blik op de nabije toekomst.

Waarom die keuze? Onze huidige wetgeving is in de kern al 60 jaar oud, en sindsdien is onze wereld geweldig veranderd: secularisering, individualisering, privatisering en globalisering zijn daarbij kernwoorden. Uiteraard zijn regelmatig wetswijzigingen doorgevoerd, maar de algemene vraag of het stelsel van toen in de wereld van nu ook nog zo bedacht zou zijn, en of dat stelsel nog optimaal werkt, wordt niet gesteld. Daar is echter wel alle reden toe.

Immers, het huidige aansprakelijkheidsrecht moet veel meer terrein bestrijken dan het stelsel van toen; vrijwel elk maatschappelijk probleem blijkt via de onrechtmatige daad aan de rechter te kunnen worden voorgelegd: van stakingen tot de al dan niet rechtmatigheid van een eventueel gebruik van kernwapens. Deze en andere maatschappelijke vraagstukken vergen beleidskeuzes die wellicht niet eens bij de rechter thuis horen, en die, als ze daar wel komen, de spankracht van diens besluitvormingsproces minstgenomen tarten. Wellicht mede daardoor blijft in de rechtspraak de beleidsmatige afweging onderbelicht, met de zaak van de Iranese vluchteling en de (daar afgewezen) relativiteit als markant dieptepunt; dit 'verhullend argumenteren', zoals Vranken het noemde in zijn tweede Algemeen Deel, helpt niet; de werkelijke redenen moeten op tafel.

Relevant is verder dat de regering er tegenwoordig op inzet - en daarover bijvoorbeeld ook via het WODC onderzoek uitzet - dat de burger zelf meer verantwoordelijkheid gaat dragen. De bedoeling is niet dat de burger zijn schade niet meer verhalen zal, maar wel dat die burger niet langer aanklopt bij de overheid als er schade geleden is. Dat is in potentie een fundamentele wijziging van koers, en een stap terug naar de tijd van de inmiddels sterk genuanceerde klassieke hoofdregel dat ieder zijn eigen schade dragen moet. Dit nieuwe perspectief is wellicht nog te rechtvaardigen, maar zou niet zonder fundamentele discussie tot nieuw overheidsbeleid mogen verworden. Bijvoorbeeld niet omdat de overheid aan de andere kant juist ook de mogelijkheden verruimen wil. Voor schadever-

1 Zie mijn bijdrage in *Mr.* 2012/5, p. 69, waaraan ik het navolgende grotendeels ontleen.

2 Zie daarover o.a. de *NJ*-noot van T. Hartlief in *NJ* 2011/579, resp. R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. UU), Den Haag: Bju 2012, m.n. p. 343 e.v.

haal tussen particulieren geschiedt dat bijvoorbeeld door de strafrechtelijke verjaringstermijnen verder uit te bannen, waarmee de civielrechtelijke verjaring deels ook vervalt, en door na elk delict op schadeverhaal aan te sturen. Blijkbaar draagt toch niet ieder zijn eigen schade. Uiteraard is op zichzelf weinig mis met die keuze, maar enige consistentie binnen een regelsysteem is wenselijk, om niet te zeggen noodzakelijk. Dat vergt een brede herbezinning, door de specialisten die het gehele veld overzien en tegenstrijdige ontwikkelingen kunnen duiden.

Frappant is in dit verband ook dat de financiële toezichthouders op het punt staan een wettelijke immuniteit te verkrijgen zodat hun aansprakelijkheid slechts bij opzet en grove schuld kan worden ingeroepen. Dat voorstel past bij de trend van minder schadeverhaal jegens de overheid, maar is overigens systeemvreemd; immuniteiten passen slecht in ons gedachtegoed.³ Daar waar deze in feite wel bestaan, bijvoorbeeld onder de noemer van een gesloten en exclusief systeem zoals bij de vergoeding van personenschade aan 'derden', staan ze dan ook (te recht) ter discussie. De immuniteit van toezichthouders is ook onnodig, gezien de rechtspraak van de Hoge Raad in de *Vle d'Or*-zaak; er worden geen strenge eisen gesteld aan de zorgplicht van toezichthouders. Erger is dat deze overheidsimmuniteit lastig in te dammen is, want ongetwijfeld zullen allerlei andere (quasi)toezichthouders zich erop gaan beroepen dat ook zij een immuniteit verdienen. De notarissen hebben zich al gemeld.⁴

Voeg bij dit alles dat de rechtspraak op vele deelterreinen nieuwe, lastige vragen op haar bord heeft gehad (wrongful birth en life; DES; allerhande aspecten van asbest; hangmat, enz.) en nog zal krijgen (klimaatverandering;⁵ mensenrechtenschendingen door bedrijven langs de band van het fenomeen van 'public interest litigation';⁶ 'educational malpractice';⁷ enz.) terwijl die rechtspraak, de openstaande vragen en de mogelijke gevolgen daarvan, nog niet in volle omvang doordacht zijn door de wetgever, en het zal duidelijk zijn dat het in feite al jarenlang hoog tijd is voor een fundamentele herbezinning. Toch jammer eigenlijk, dat 'als' niet bestaat...

3 Zie eerder I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

4 Zie de oproep in *WPNR* 6922, p. 211.

5 Zie J. Spier (m.m.v. E.R. de Jong), *Shaping the Law for Global Crisis*, The Hague: Eleven publishing 2012.

6 Zie nader L.F.H. Enneking, *Foreign Direct Liability and Beyond* (diss. UU), The Hague: Eleven publishing 2012.

7 C.W. Noorlander & B.M. Paijmans, 'Educational malpractice' als betrekkelijk nieuw fenomeen binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2011/32, p. 233 e.v.